

Título: El aborto, la corresponsabilidad y la coparentalidad

Autor: Basset, Úrsula C.

Publicado en: LA LEY 13/05/2021, 1 - DFyP 2021 (junio), 123

Cita: TR LALEY AR/DOC/1314/2021

Sumario: I. Un fallo que resuelve una cautelar.— II. La estructura resolutoria del fallo.— III. Una cuestión adicional: estereotipos de género, derechos de la mujer y decisiones.— IV. Las disonancias de la estructura de coparentalidad, género y corresponsabilidad con la Ley de Aborto.— V. La norma que mejor proteja la persona humana.

(*)

I. Un fallo que resuelve una cautelar

F. está casado en segundas nupcias con M. En los últimos tiempos, la pareja se había reconciliado, después de una corta separación, habían retomado la convivencia. Ambos tienen hijos de relaciones anteriores. Durante esa nueva convivencia, M. le comunica a F. que está esperando un hijo común. F. se entera que M. quiere abortar. Se desespera. Le pide que no lo haga, que él se hace cargo de su hijo. Con posterioridad se separan de hecho. F. se entera que M. inició el trámite en la obra social para solicitar la cobertura del aborto. Recurre a una abogada y así inicia la historia, que sacude el piso de todas nuestras incoherencias legislativas y de valores del último tiempo en la Argentina. Conmueve, además, las entrañas.

Tiene ecos del caso "Fornerón" (1), que resuenan e interpelan acerca de qué hace Argentina con los padres, qué hace Argentina con los niños en su estado de mayor dependencia, qué significa la responsabilidad parental y qué impacto simbólico tiene esto en los derechos de las mujeres.

El fallo resuelve hacer lugar a la cautelar solicitada por el padre, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho que surge, entre otras constancias, de la solicitud por instrumento público de la madre ante la Obra Social para ser cubierta la realización de la práctica (2), por una parte, y, del emplazamiento del padre respecto del hijo común que se acredita con el acta del matrimonio legalizada (presunciones matrimoniales), por otra parte. El peligro en la demora de que la alteración de la situación de hecho pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. Se sugiere la aplicación de las reglas de la responsabilidad para resolver los desacuerdos y se indica la necesaria intervención, antes o después, del Ministerio Público.

II. La estructura resolutoria del fallo

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, compuesta por los Dres. Noguera Ramos, Rodríguez y Pérez (Sala III) (3) estructura la resolución del fallo en los siguientes elementos:

II.1. La inserción de la Ley de Aborto en un plexo normativo con el que debe convivir

Emulando a las grandes plumas que han tratado de la hermenéutica jurídica en páginas muchas veces olvidadas (4), el fallo vuelve sobre la obligación de interpretar sistémica y analógicamente las instituciones. Dicen en su voto unánime los jueces de la Sala III:

"Sin embargo, esta ley debe convivir en armonía jerárquica con el resto de leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación, y entre ellas el Código Civil y Comercial (ley 26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares".

La Ley de Aborto, por más que incorpore cláusulas de orden público, habita un sistema legislativo que está compuesto por tratados internacionales de jerarquía superior y normas de derecho interno, que también conforman el orden público argentino (5). Habita en una cultura jurídica nacional en la que se inserta (6). Habita en hermenéuticas sociales y políticas, como las que propugnan el acceso a la justicia de los más vulnerables y un paradigma protectorio que tutela a los débiles (7).

El art. 3° del Cód. Civ. y Com. establece que: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Hay que ver que la Argentina conoce una cultura jurídica de tutela de la vida humana en sus momentos más frágiles que se remonta a sus raíces identitarias. Ya en nuestro primer Código Civil, Vélez Sarsfield había tomado esta significativa y moderna opción legislativa (8), que supone una impronta: para la Argentina, la vida humana comienza en la concepción.

El Código Civil y Comercial sostuvo esa impronta, que se relaciona con el cuidado especial de la persona débil y dependiente, y que se plasma también en la eliminación de la "patria potestas" o patria potestad,

convirtiendo lo que era un poder de los padres sobre los hijos, en una responsabilidad para su desarrollo integral. En los fundamentos de Código Civil y Comercial surge prístina esta idea:

"La palabra 'potestad', de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la potestas del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo 'responsabilidad' implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente" (9).

II.2. Corresponsabilidad y coparentalidad como fundamentos del fallo

Uno de los grandes valores jurídicos que encarna el Código Civil y Comercial, y que se trasunta tanto al derecho filiatorio como al derecho de la responsabilidad parental, es la corresponsabilidad y coparentalidad. Ambas estructuras son derechos en forma de trípode, pues implican derechos-deberes y obligaciones subjetivos, cuya titularidad involucra a cada uno de los dos progenitores y al hijo.

La corresponsabilidad y la coparentalidad tienen fuerte raigambre constitucional-convencional. La corresponsabilidad integra una corriente tendiente a reforzar los derechos de la mujer. Aparece enunciada en el art. 16, inc. d) de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: "Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial".

En la Recomendación General 21, la CEDAW señala que:

"Según se dispone en el inc. b) del art. 5º, la mayoría de los países reconocen que los progenitores comparten sus obligaciones respecto del cuidado, la protección y el mantenimiento de los hijos. El principio de que 'los intereses de los hijos serán la consideración primordial' se ha incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño (res. 44/25 de la Asamblea General, anexo) y parece tener aceptación universal".

Al mismo tiempo, es un derecho humano fundamental no exclusivo de la mujer, que está en cabeza de ambos progenitores. Así se presenta en el art. 23 inc. 4º, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

"Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

En el bloque regional, la Convención Americana de Derechos Humanos establece en el art. 17, inc. 4º:

"Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos".

Se advierte, a toda velocidad, que el marco de la enunciación de igualdad de derechos y responsabilidades presupone un equilibrio en la distribución de poderes y el reconocimiento de derechos y deberes a ambos progenitores.

Podría pensarse que se trata de un plexo de artículos que se inscriben en la protección de los derechos de la mujer a tener el mismo poder de decisión que el hombre respecto de los hijos. Sin embargo, la contracara es un largo trabajo del derecho comparado en responsabilizar al hombre por el engendramiento, que, como se produce fuera de su cuerpo, tiene una diferente estructura de apego. En esta línea se inscriben los movimientos doctrinales que llevaron en la Argentina a admitir el reconocimiento prenatal del hijo y establecer una obligación alimentaria a favor del hijo durante el embarazo o incluso a iniciar la acción de reclamación de filiación durante el embarazo.

Por otra parte, están los artículos que visualizan la corresponsabilidad desde los ojos del niño. El niño tiene derecho a su biografía, a su identidad estática y también a su identidad dinámica. Más aún, tiene derecho a que esa identidad estática, siempre que sea posible, preferentemente se ordene en una continuidad respecto de su identidad dinámica. Esta afirmación, votada otrora en forma unánime en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (10), surge evidente de un juego de disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

En primer lugar, el preámbulo de la CDN (que es pauta hermenéutica de esta), establece: "Teniendo presente que (...) 'el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento'".

No debemos ceder a la tentación de suprimir los párrafos que resultan incómodos o de sacrificarlos en favor de una hermenéutica de conveniencia. La proyección interpretativa del preámbulo sobre el todo de la

Convención ha sido resuelta favorablemente respecto de este mismo párrafo inmediatamente luego de la sanción de la Convención. Francia e Inglaterra habían propuesto una redacción alternativa que dejara a salvo la práctica del aborto en sus países, que fue rechazada (11). Inglaterra solicitó que precisamente ese párrafo no sirviera de clave interpretativa de la Convención. Se decidió que siempre y en todos los casos los preámbulos son clave de interpretación de los tratados (12).

A la par, el art. 3º, inc. 2º de la CDN establece que los Estados parte "se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres", para lo que deberán tomar "todas las medidas legales y administrativas".

El art. 6º establece que todo niño tiene "derecho intrínseco a la vida". Y que "Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño".

El art. 7º, establece que el niño tiene derecho a "conocer a sus padres y en la medida de lo posible, a ser cuidado por ellos".

El art. 8º es clave, puesto que establece el "derecho a las relaciones familiares" y a la unidad de todos los elementos de la identidad; y debe leerse en consonancia con el art. 9º, que dispone: "Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño".

Con estos antecedentes de indispensable mención, arribamos a las dos claves de bóveda de la coparentalidad en la CDN:

— El art. 9º, inc. 3º pone en cabeza del Estado el deber de garantizar las relaciones con ambos padres: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

— El art. 18, inc. 1º, establece en cabeza de los padres el deber de ejercer coparentalmente su rol con la finalidad del desarrollo del hijo buscando su interés superior. El Estado resulta garante de favorecer este ejercicio: "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño".

No cabe ninguna duda de que el ámbito internacional tiene un doble abordaje del trípede parento-filial: desde la corresponsabilidad, como un conjunto de derechos, deberes y obligaciones iguales de los padres en materia de cuidado del hijo; y, desde la coparentalidad, como un derecho del hijo a que ambos padres asuman en ese rol para garantizar su desarrollo e interés superior, y, sobre todo, su "derecho intrínseco a la vida", que es presupuesto de todo lo demás.

No hay que ceder a la tentación de escamotear cuestiones del debate. A nadie se le escapa que esta estructura de la Convención sobre los Derechos del Niño se aplica en países que habían legalizado el aborto aun antes de la aprobación de la Convención y su ratificación ulterior. El caso de Inglaterra y Francia, que mencionamos antes, evidencia ya la incomodidad de ambos regímenes con el Preámbulo de la CDN, que presupone techos valorativos en colisión con lo que hubo que integrar.

Pero ni Francia ni Inglaterra son Argentina. Argentina, al ratificar la Convención, depositó juntamente con la firma, confirmada luego en el instrumento de ratificación la declaración interpretativa al art. 1º, por la cual entiende que: "Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad" (13).

¿Qué significado tiene esa declaración interpretativa depositada al firmar y confirmada al ratificar? Es el espectro de validez y vigencia del tratado internacional para la Argentina. Así lo establece la Convención de Viena sobre los Tratados: El art. 2º, inc. 1º, d. lo aclara:

"L'expression 'réserve' s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libelle ou la désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application a cet État" (14).

Es decir, que la Convención sobre los Derechos del Niño entiende por niño al que existe desde la concepción y esa es la extensión en la que se debe leer el art. 1º, CDN (definición de niño) para la Argentina. Por otra parte, el art. 19 del Cód. Civ. y Com. establece que el comienzo de la existencia de la persona humana para el derecho comienza con la concepción (15). Es decir que, durante el embarazo de la madre y desde la concepción, para el derecho argentino estamos en presencia de un niño, es decir, de un hijo y un nieto.

Todavía más, al trípode padre-madre-hijo (u otras configuraciones posibles), que existe desde la concepción, debe sumarse el deber de garantía del Estado, según el art. 75, inc. 23 de la CN Argentina.

El art. 75, inc. 23, explicita uno de los techos valorativos más trascendentes del Código Civil y Comercial (16), que es la sensibilidad a los sujetos más vulnerables, más ignorados, más invisibles de la vida social. Esa sensibilidad exquisita, que se expresa en la defensa de la educación pública, el acceso universal a los derechos económicos sociales y culturales, es la que inspira la redacción del art. 75, inc. 23:

"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

"Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia".

El Código Civil y Comercial recoge este plexo armónico de normas (un poco de paciencia para las disonancias que se señalan más abajo). El fallo en análisis reconoce tres estructuras jurídicas convergentes en este punto:

— El proyecto de vida en común de los cónyuges que obliga a un consenso en las decisiones fundamentales de la vida compartida.

— La cotitularidad de la responsabilidad parental por el hijo y su causa-fin: el cuidado y desarrollo del hijo.

— La coparentalidad en el ejercicio de la responsabilidad parental y sus reglas ante los avatares de la vida común.

En los párrafos relevantes, el fallo que comentamos analiza dichas cuestiones de este modo:

— Respecto del proyecto de vida en común matrimonial y el implícito deber de consenso: "Para respondernos, vale recordar que en el matrimonio como institución de orden público (art. 12, Cód. Civ. y Com.) los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431, Cód. Civ. y Com.). Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades". (El argumento sigue...).

— Respecto de la titularidad de la responsabilidad parental: "Es claro, como la "voluntad común o el consenso" se proyecta desde las relaciones de familia y la responsabilidad parental (art. 638 y ss. del Cód. Civ. y Com.)".

— Respecto del ejercicio conjunto de la coparentalidad en los avatares de la vida: "En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro. Para estos casos, la solución en principio está en la disposición del art. 642 del Cód. Civ. y Com. (ley 26.994) (...) que regula "El desacuerdo".

Es sumamente interesante advertir el razonamiento que fluye desde el matrimonio como proyecto, al proyecto de parentalidad, de ahí, a la cotitularidad de derechos, deberes y responsabilidades y, finalmente, hacia la dinámica del ejercicio de la coparentalidad en los avatares de la vida común.

II.3. La coparentalidad en los avatares de la vida común

La coparentalidad nace en el Código Civil y Comercial con el comienzo de la existencia de la persona humana en la concepción (art. 19), y su contundente legislación correlativa (17).

La coparentalidad debe remontarse al derecho filiatorio. El derecho piensa mecanismos para que el niño, siempre que sea posible, quede vinculado con ambos progenitores. Si la persona comienza en la concepción, desde la concepción tiene tantos derechos como cualquier otra persona, solamente que los ejerce a través de sus representantes legales, que son sus padres (18). En el caso del matrimonio, puesto que la presunción opera desde la existencia de la persona humana, es decir, desde la concepción, se pueden reclamar alimentos desde el embarazo (19) y el padre tiene derechos, deberes y obligaciones que emergen de la paternidad que surge de su presunción operativa desde la concepción y que puede impugnar para que no resulte la inscripción a su nombre luego del parto (20).

Tal vez las normas que más elocuentemente demuestran este interés en la coparentalidad del Código Civil y

Comercial son las que regulan la reclamación de la filiación, cuando solo está determinada la maternidad (21). El resultado de la redacción del art. 583 demuestra una verdadera presión sobre la madre para señalar quién es el padre. Es muy interesante advertir que la estructura de presión sobre la madre tiene como resguardo los derechos del hijo, aunque indirectamente beneficia al padre al que no se le informó de la paternidad. Conviene detenerse en la dureza de las frases:

— "A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre (...)".

— "(...) previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa".

(El destacado es nuestro).

Este artículo es sumamente elocuente, pero se inscribe en una corriente de regulación del derecho filiatorio que favorece la determinación de la paternidad del progenitor que no da a luz: a través de presunciones automáticas de paternidad, en parejas del mismo o diverso sexo, a través de reconocimientos que pueden ser prenatales, dando a la posesión de estado el mismo valor que el reconocimiento, permitiendo iniciar la acción de reclamación y los alimentos durante el embarazo, y, como vimos, instando a la madre a indicar quién es el padre.

En la esfera de la responsabilidad parental, la coparentalidad proyecta la sombra de la filiación: ambos padres son cotitulares y corresponsables y deben ejercer su responsabilidad de acuerdo con el interés superior del niño, para su desarrollo integral:

"La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado" (art. 638, el destacado es nuestro).

La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de separación de hecho se establecen: "b) (...) Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro (...). Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades".

Ahora bien, del juego de los arts. 638 y 641, se desprenden tres eventualidades más, que son la privación de la responsabilidad parental cuando el ejercicio pone en riesgo al niño, la regulación del desacuerdo de los padres y la necesidad de nombrar un tutor ad litem cuando hay un conflicto de intereses entre el interés del niño y los derechos de la madre o el padre:

— Ante el ejercicio de la responsabilidad parental contrario al interés superior del niño, cabe la privación de la responsabilidad parental (22): "Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: (...). c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo" (art. 700) (23).

— Ante el desacuerdo entre ambos padres, se aplica el art. 642: "(...) cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público".

— Designación de un tutor ad litem: "Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes (...)" (art. 109).

Es interesante advertir que de la responsabilidad parental emergen derechos y deberes de los padres: "Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo" (art. 646). Son dos de los deberes pertinentes en este caso.

Por otra parte, el progenitor que ejerce el cuidado tiene un deber de informar "Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo" (art. 654).

En síntesis, el itinerario trazado por el Código Civil y Comercial resulta claro: La madre tiene el deber de informar al otro progenitor sobre el embarazo y sus circunstancias (art. 654), se presume el acuerdo entre ambos padres, pero si el padre se opone a la decisión de la madre, toda vez que goza de la representación natural del niño en la medida en que esté emplazado como padre (en este caso por presunción matrimonial, pero podría ser por reconocimiento prenatal), tiene derecho a iniciar una acción judicial por la vía más rápida prevista por la ley local. Se aplican las reglas del art. 642 (desacuerdo), la obligación de designar un tutor ad litem (la madre pierde la representación porque tiene intereses controvertidos con el niño) y la necesidad de intervención del Ministerio Público.

III. Una cuestión adicional: estereotipos de género, derechos de la mujer y decisiones

La contracara de la "negación del padre" como un poder de la madre resulta del caso "Fornerón vs. Argentina" en el cual la Argentina resultó condenada ante la Corte Interamericana en el año 2012. En el caso, la madre niega al padre que la hija sea de ambos y la da en adopción. El padre reconoce a la hija, pero no logra interponerse en el proceso que desemboca en la adopción porque la justicia lo ignora, lo invisibiliza. El resultado es una adopción que es en sí misma nula, pero que, en interés de la hija, se sostiene. Tanto al padre como a la hija se les "roba" por la intervención del Estado una vida privada y familiar derivada de esta negación del padre.

La Corte IDH en su interpretación de este caso agrega un elemento muy particular: los estereotipos sociales de género que regulan la parentalidad y que no son admisibles de cara al interés del niño. El párrafo que citamos a continuación se refiere a otro fallo con estereotipos, a saber, "Atala Riffo vs. Chile":

"Recientemente, la Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia".

A partir del párr. 91, se desarrolla un capítulo entero dedicado a considerar los estereotipos de género que afectaron los derechos de la niña y su padre. En el análisis que sigue, la Corte Interamericana señala el uso de estereotipos por los cuales el juez argentino habría ignorado al padre como potencial titular de la responsabilidad parental. En el uno de los párrafos señala:

"(...) esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño (...) Las decisiones judiciales analizadas no velaron efectivamente por el interés superior de la niña y por los derechos del padre y se basaron en aseveraciones que revelan una idea predeterminada sobre las circunstancias en las que se produjo su paternidad, y sobre que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo". (Párrs. 99-100).

Debemos pensar que la Corte Interamericana entiende como estereotipo de género la negación de los derechos del padre a ejercer los deberes y derechos de corresponsabilidad, y que estos tienen como telón de fondo una estructura de refuerzo de los derechos de la mujer, ello tanto a nivel global (CEDAW, PIDESC, CDN) como a nivel regional (Corte IDH, CADH).

IV. Las disonancias de la estructura de coparentalidad, género y corresponsabilidad con la Ley de Aborto

Obviamente, la Ley de Aborto resulta disruptiva respecto de este universo armónico. No es la única estructura con disonancias en el derecho de familia.

La Ley de Aborto supone, en el derecho argentino, una reedición del *vitae necisque potestas* (del derecho de vida o muerte) del que gozaba el *pater familiae* respecto de aquellos que estaban sujetos a su potestas en el derecho romano antiguo. Así, la Ley de Aborto, no solamente contraría el espíritu del Código Civil y Comercial respecto de la abolición de la patria potestas, sino que, además, supone una reedición del instituto en la cual la madre tiene derechos de decidir la vida y la muerte de su hijo sin dar razones por tres meses y medio, y luego, alegando razones amplias, hasta el nacimiento. Si la ley hubiera previsto una despenalización en vez de un derecho a abortar, el sistema no hubiera crujido como cruje ahora.

El derecho al aborto es tan contrario a los valores que trasunta la "responsabilidad parental" y de deber de cuidado pensados por el Código Civil y Comercial que, una vez aprobada la ley y en tanto siga vigente (24), se hace urgente e indispensable un equilibrio plausible, un encuadre razonable y proporcionado. Esta interpretación es necesaria por una lógica integración normativa, y porque es una exigencia de la humanización del derecho, sobre todo teniendo en cuenta un paradigma evolutivo de los derechos humanos que ponga al futuro de la humanidad en el centro: ese futuro de la humanidad es la infancia, especialmente, la infancia vulnerable. Si hay un progenitor dispuesto a ejercer el cuidado del hijo, como no hay derechos absolutos, el derecho a abortar debe ceder.

Hay que ver que el derecho de la madre a abortar es más irrazonable, precisamente porque se concede en la situación de mayor indefensión y dependencia del hijo. El derecho de vida y de muerte del derecho romano al menos se concedía sobre personas que podían ejercer alguna resistencia para seguir viviendo. Aquí no: a mayor grado de dependencia y vulnerabilidad, mayor deber de cuidado y protección (es la máxima de la autonomía progresiva). El derecho disonante del aborto invierte esa máxima y da el máximo derecho (el de decidir la muerte) en la mayor indefensión (antes de nacer, cuando el niño tiene la mayor dependencia). Más vulnerables

que la madre y más susceptibles de protección que los derechos de las mujeres adultas son los derechos de los niños cuyo interés superior está en la cúspide del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, siempre reflexionando sobre la coparentalidad, la corresponsabilidad y las paradojas de la ley, es notable que no regule los abortos forzados. Es un reclamo de la CEDAW (25), que los entiende como una forma de violencia de género. El silencio sobre este tipo de abortos es elocuente y cómplice de estructuras de razonamiento patriarcales. La ley 27.610 regula al detalle y tipifica como delito a quien estorba el aborto, pero no a quien lo fomenta o induce. Es una deuda la tipificación del delito de aborto forzado como y su encuadre como una forma de violencia. Es allí donde está el reencuentro con la interseccionalidad: que los hombres fueren o presionen a las mujeres a abortar para no tener que afrontar el cuidado del hijo común es una trama más antigua que la memoria. Un compromiso sin hipocresías con los derechos de las mujeres existe cuando se mira a todas las mujeres, sobre todo a las que más expuestas están a la soledad y a las que son empujadas a la desesperación.

Una estructura análoga al derecho a abortar es el derecho a veto a la transferencia embrionaria antes de la "implantación" (26). También tiene como trasfondo el mismo escenario de ideas. Alguna jurisprudencia no permite que la mujer se transfiera los embriones remanentes crioconservados luego de la ruptura de la pareja si su exesposo o pareja no está de acuerdo, incluso, desinteresando al padre de su responsabilidad parental ulterior (lo que podría hacerse fácilmente, privando al padre de la responsabilidad parental). Aquí también prevalece, como en el párrafo anterior, una lectura machista del derecho: ante dos derechos equivalentes de la madre y del padre, prevalece el del padre a no ser padre. La perspectiva de género cede ante el padre que tiene primacía para decidir la transferencia o no de los embriones que ya fueron concebidos. Tampoco resulta claro qué título invoca el padre, pues si no es padre de esos embriones, cuál sería su derecho... ¿el de copropiedad? En ese caso, debería resolverse aplicando las reglas de condominio con perspectiva de género. En el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica" la Corte IDH remarcó el impacto desproporcionado de discriminación indirecta que existe respecto del mujer en lo relativo a la fertilidad: "Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y, por lo tanto, aparece neutral, tiene un impacto negativo desproporcional sobre ellas" (párr. 299). La decisión que prohíbe la transferencia de los embriones, privilegiando el derecho del hombre a no ser padre por sobre el derecho de la mujer a ser madre, prevalece una estructura patriarcal de razonamiento que supone un impacto desproporcionado sobre la mujer.

¿Cuál es el hilo común? Ya vimos que los derechos de la mujer tienen una defensa zigzagueante.

V. La norma que mejor proteja la persona humana

En todos los casos puede advertirse que lo que parece progresista en derechos humanos corre el riesgo de ser un espejismo, a menos que parta de una coherencia unificadora.

Un verdadero progresismo en materia de derechos humanos es no dar marcha atrás con el estándar más protectorio de la vida humana. Si el padre está dispuesto a aportar ese estándar, si la madre está dispuesta a ofrecer ese estándar, siempre es mejor la solución que mejor proteja la persona humana (27).

En este sentido, un último párrafo a resaltar del fallo en análisis es el que postula que: "En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro". La autonomía de la voluntad es un derecho de fuertes. Cuando los fuertes deciden sobre un débil, sobre su derecho a nacer y desarrollarse, su derecho a decidir debe encontrar su límite en la ordenación de la responsabilidad parental a su causa-fin: el desarrollo integral del hijo y su superior interés.

Más allá de toda discusión sobre cómo debe formularse la integración de normas tan dispares como la que introduce el aborto o el derecho a veto de la transferencia de embriones de uno de los padres, el ciudadano, el personal médico, la madre, el padre, el joven o el abuelo, el juez o la parte que procuren la protección de los miembros más frágiles de nuestra familia humana, nunca andarán descaminados. En última instancia, "la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle" (28).

(A) Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia. Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones. Directora de las Carreras de Especialización en Familia de la UCALP y UCASAL.

(1) Corte IDH, "Fornerón vs. Argentina" (2012).

(2) Además de ecografías, análisis y WhatsApp protocolizados por escritura pública.

(3) Dictado el 01/05/2021. La Cámara de Apelaciones —en virtud de un recurso de reposición interpuesto por T. B. M. G.— dejó sin efecto la cautelar ordenada y omitió pronunciarse por el resto de los planteos por haber devenido abstractos.

(4) Pienso en Busso y sus precisos comentarios al Código Civil. O en la traducción de Betti, que hiciera José Luis de los Mozos (BETTI, Emilio, "La interpretación de los Actos Jurídicos", Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987).

(5) Al contrario, la inserción expresa de la cláusula de orden público exhibe en su reverso el temor a la falta de seguimiento social, es decir, la debilidad representativa de la ley en la cultura, porque si la ley pensara que integra el orden público como comunidad de valores imperantes en un momento dado, como lo son las reglas del matrimonio, o el régimen patrimonial del matrimonio, no se vería en necesidad de enunciar expresamente esa integración. Es una forma de asegurarse que la ley se impondrá, y revela el conocimiento de que esa ley no goza de consenso social. Sobre el sentido del término "orden público" en el derecho argentino, lo hemos profundizado en BASSET, Ursula C., "Peculiaridades del orden público en el régimen argentino", en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2007-3, ps. 419 y ss.

(6) BASSET, Ursula - GUASTAVINO, Lucía, "El mandato de cada senador y diputado para discutir el aborto. Un panorama por las Constituciones Provinciales", publicado en ED, 28/12/2020, p. 1.

(7) En la presentación al Proyecto de Código Civil y Comercial, Ricardo Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kemelmajer señalan: "El paradigma protectorio tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. Superando la visión de los códigos decimonónicos, el Proyecto considera a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital (...) El Proyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables".

(8) En el Código de Vélez Sarsfield el estatuto de las personas por nacer estaba regulado desde los arts. 63 al 69.

(9) Fundamentos del Código Civil y Comercial Argentino, 2014.

(10) XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011: "Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)".

(11) La propuesta alternativa suprimía a la niñez en su estadio prenatal: "Whereas the need for such special safeguards has been stated in the Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924, and has again been recognized in article 25, paragraph 2, of the Universal Declaration of Human Rights and in the statutes of specialized agencies and international organizations concerned with the welfare of children". "Legislative History of the Convention on the Rights of the Child", Nueva York y Ginebra, 2007, Vol. 1, p. 61, accesible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf> [consultado 02/05/2021].

(12) "The preamble serves to set out the general considerations which motivate the adoption of the treaty. Therefore, it is at first sight strange that a text is sought to be included in the travaux préparatoires for the purpose, i. e., to form part of the basis for the interpretation of the treaty. Also, it is not easy to assess what conclusions States may later draw, when interpreting the treaty, from the inclusion of such text in the travaux préparatoires. Furthermore, seeking to establish the meaning of a particular provision of a treaty, through an inclusion in the travaux préparatoires may not optimally fulfil the intended purpose, because, as you know, under article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, travaux préparatoires may only be had if the relevant treaty provisions are in fact found by those interpreting the treaty to be unclear... Nevertheless, there is no prohibition in law or practice against inclusion of an interpretative statement in travaux préparatoires", "Response of the Legal Counsel to the Request for Confirmation by the Representative of the United Kingdom regarding Preambular Paragraph 6", par. 9, 9th december 1988, E/CN.4/1989/48. Cf. Office of the U.N. High Commissioner on Human Rights, "Legislative History of the Convention on the Rights of the Child", Nueva York y Ginebra, 2007, Vol. 1, p. 299, accesible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf> [consultado 02/05/2021].

(13) Ley 23.849/1990, art. 2º. El Comité de Derechos del Niño tomó nota de la declaración interpretativa argentina al recibir el instrumento de ratificación y deja constancia de ella en la página respectiva, en la que puede leerse: "Reservation and declarations made upon signature and confirmed upon ratification: Reservation: The Argentine Republic enters a reservation to subparagraphs (b), (c), (d) and (e) of article 21 of the Convention on the Rights of the Child and declares that those subparagraphs shall not apply in areas within its jurisdiction because, in its view, before they can be applied a strict mechanism must exist for the legal protection of children in matters of inter-country adoption, in order to prevent trafficking in and the sale of children." "Declarations: Concerning article 1 of the Convention, the Argentine Republic declares that the article must be interpreted to the effect that a child means every human being from the moment of conception up to the age of eighteen".

Consultado el 02/05/2021 en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en#EndDec.

(14) De la página oficial de la ONU, recuperado el 02/05/2021: https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf. La traducción

argentina en la página oficial del gobierno dice: "d) Se entiende por 'reserva' una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado".

(15) No resulta de aplicación el fallo del a Corte IDH, "Artavia Murillo vs. Costa Rica", pues aquí no hay distinción intra/extraútero para la concepción. No se trata del reconocimiento de la personalidad jurídica al embrión extraútero, que creemos vigente en el derecho argentino por imperio del art. 19 y porque "Artavia" no puede aplicarse sin más al derecho interno. De todas formas, todo ese debate es completamente ajeno a este otro debate, pues se trata de una concepción en el seno materno.

(16) En los Fundamentos del Anteproyecto se lee: "El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables".

(17) Art. 21, art. 24, art. 22, art. 574, art. 101, art. 2279, art. 665, art. 592, en forma explícita

(18) Art. 101.— "Enumeración. Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres".

(19) Art. 665.— "Mujer embarazada. La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada".

(20) Filiación matrimonial por naturaleza: Se presume, y tanto es hijo, que el padre puede impugnar la paternidad durante el embarazo. Art. 592.— "Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer".

(21) Art. 583.— "Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad. En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto solo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa".

(22) La indicación no es ociosa. Desde los daños por negligencias de la madre durante el embarazo, pasando por la regulación de los progenitores adolescentes, hasta las medidas protectorias del hijo en los embarazos en que la madre ponga en riesgo a su hijo: son todas cuestiones convergentes que han conocido recepción en las normas y en la jurisprudencia.

(23) Este dispositivo es coherente con la disposición que permite el derecho a veto de los representantes de los progenitores adolescentes cuando hay riesgo para la salud del hijo. (Art. 644: "Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo").

(24) Su modificación sería deseable, sobre todo en la medida en que crea un derecho en lugar de despenalizar la práctica en determinados supuestos.

(25) General recommendation No. 35 On gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, par. 18.

(26) Debería decir transferencia, la implantación se produce entre 10-13 días luego de la transferencia: "Art. 561: (...) El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

(27) HENDERSON, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine", Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 39, San José Costa Rica, p. 87.

(28) Preámbulo, Declaración de Derechos del Niño de 1959.